

## De maat(man) genomen.

### De plaats en rol van de maatman in het burgerlijk recht voor de strafrechtelijke culpa doordacht

G.K Schoep & J.M. ten Voorde<sup>■</sup>

‘If I had something like Stalin’s power, I would not squander it on silencing the imaginative writers. I would silence those who write about the imaginative writers. (...) I’d forbid all instructions in literature in every grade school, high school, college, and university in the country. I’d outlaw reading groups and Internet book chatter, and police the bookstores to be certain that no clerk ever spoke to a customer about a book and that the customers did not dare to speak to one another. I’d leave the readers alone with the books, to make of them what they would on their own.’

[Amy Bellette in: Philip Roth, *Exit Ghost*, Boston/New York: Houghton Mifflin Company 2007, p. 184]

#### 1 INLEIDING

De vervlechting van domeinen, het thema van deze bundel, is bijzonder actueel op het terrein van de rechtshandhaving, waar bestuursrechtelijke, privaatrechtelijke en Europeesrechtelijke ontwikkelingen de strafrechtelijke invulling van rechtshandhaving in niet geringe mate beïnvloeden. Joan de Wijkerslooth heeft over deze ontwikkeling diverse bijdragen geschreven.<sup>1</sup> Wij hebben er in deze bijdrage echter voor gekozen het thema domeinvervlechting te behandelen vanuit het materiële strafrecht.

Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht lijkt de wetgever, in navolging van de commissie De Wal, ‘de autonome uitleg van de strafwet op de voorgrond’ te hebben gesteld.<sup>2</sup> Dat betekende destijds, rond 1880, vooral dat de interpretatie van de in het Wetboek van Strafrecht voorkomende begrippen, op een zelfstandige wijze heeft plaats te vinden, onafhankelijk van de betekenis van eventueel gelijkkluidende begrippen in het burgerlijk recht. Dit uitgangspunt werd lange tijd niet gevolgd: in geval van interpreta-

■ Resp. als universitair hoofddocent en universitair docent straf(proces)recht verbonden aan het Instituut voor Strafrecht & Criminologie aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Haarlem.

1 Zie o.a. J.L. de Wijkerslooth, ‘De strafbeschikking’, in: L. Loeber (red.) *Het wetsvoorstel OM-afdoening en de verhouding tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving (pre-advies Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 1-19; J.L. de Wijkerslooth, ‘Gemeenschapsdenken’, in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Op zoek naar samenhang. Het Algemeen kader herziening strafoordering nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 2006, p. 39-50.

2 H.A. Demersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 12.

tie van ook in het burgerlijk recht voorkomende begrippen in het Wetboek van Strafrecht werd aansluiting gezocht bij de betekenis daarvan in het burgerlijk recht.<sup>3</sup> Het autonome karakter van het strafrecht werd pas halverwege de vorige eeuw nadrukkelijker onderkend, niet alleen door de Hoge Raad maar ook in de literatuur.<sup>4</sup> Eén en ander had tot gevolg dat de vraag werd gesteld wanneer nu wel en wanneer nu geen aansluiting zou moeten worden gezocht bij het civiele recht. Het debat betrof dan ook erkenning van autonomie en het ontwikkelen van criteria op basis waarvan die kon worden gewaarborgd.<sup>5</sup>

De laatste jaren blijkt het besef van vervlechting van domeinen steeds verder door te dringen. In dit verband moet er echter op worden gewezen dat deze discussie vooral betrekking heeft op het strafprocesrecht,<sup>6</sup> terwijl de discussie over domeinvervlechting in het materiële strafrecht zich lijkt te beperken tot vraagstukken van harmonisatie van Europese materieelstrafrechtelijke begrippen. Hoe belangrijk deze discussie ook is, hierop willen wij niet nader ingaan.<sup>7</sup> In deze bijdrage beperken wij ons tot het nationale recht en zullen wij ons niet zozeer bezighouden met zich daadwerkelijk voordoeende vervlechting van domeinen, maar naar mogelijkheden om lering te trekken uit ontwikkelingen en bevindingen in het burgerlijk recht, om vervolgens na te gaan in hoeverre die ontwikkelingen en bevindingen voor de ontwikkeling van leerstukken van materieel strafrecht van belang kunnen zijn. Juist in het burgerlijk recht worden immers 'met grote regelmaat leerstukken en begrippenparen ter discussie gesteld' en die kunnen het strafrecht, waarin dat zeker in het verleden wat minder leek te geschieden, helpen bij het ontwikkelen van de eigen algemene leerstukken.<sup>8</sup> Daarvan zullen

3 Heel vreemd was dat niet: Lange tijd werd het burgerlijk recht gezien als het gemene recht en het publiekrecht, waaronder het strafrecht, als het bijzondere recht. Voor uitleg van begrippen was de jurist in eerste instantie aangewezen op het burgerlijk recht.

4 Volgens Knigge zou deze nadruk op autonomie paradoxaal genoeg kunnen worden verklaard door een in de praktijk steeds nauwere betrokkenheid (d.w.z. steeds minder autonomie) van het strafrecht op andere rechtsgebieden, in het bijzonder het bestuursrecht. Zie: G. Knigge, 'De verkalking voorbij. Over de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht', *RM Themis* 2000, p. 84.

5 Zie H.A. Demeersseman, *De autonomie van het materiële strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 563 e.v.; A.C. 't Hart, 'De autonomie van het strafrecht', in: A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 185-196 en bijv. HR 4 januari 2000, NJ 2000, 537, m.nt. T.M. Schalken.

6 Zie zeer recent J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010.

7 Zie E.A.M. Verheijen, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie. Naar een beoordelingsschema ter waarborging van karakteristieken van materieel strafrecht in de Europese rechtsruimte*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

8 M.S. Groenhuijsen, 'Materiële dogmatiek en de modernisering van het strafrecht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder & J. Remmelink (red.), *De Schets nader bekeken. Beschouwingen naar aanleiding van de Schets materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 19.

wij er in deze bijdrage overigens één, de culpa en de betekenis en positie van het criteriumfiguur daarbinnen, behandelen.

## 2 INTERNE RECHTSVERGELIJKING TUSSEN LEERSTUKKEN VAN BURGERLIJK RECHT EN MATERIEEL STRAFRECHT

Het onderwerp waar wij in deze bijdrage aandacht voor willen vragen is de in het burgerlijk recht gebezigde 'maatman'. Dit onderwerp hebben wij niet helemaal toevallig gekozen. Het werd onlangs nog bestudeerd door leden van het Instituut voor privaatrecht van de Universiteit Leiden,<sup>9</sup> waar de academische carrière van Joan de Wijkerslooth begon, en waarover hij vrij recent in het kader van een Leidse 'Honours Class' aan die studie vanuit strafrechtelijke invalshoek een bijdrage heeft mogen leveren. In het materiële strafrecht wordt de term maatman niet gebezigd, maar wordt met het criteriumfiguur gewerkt.<sup>10</sup> Het betrekken van bevindingen van burgerlijk recht op thematiek van materieelstrafrechtelijke aard zien wij als een voorbeeld tot wederzijdse beïnvloeding van de ontwikkeling van vergelijkbare rechtsbegrippen. De maatman of het criteriumfiguur is in het burgerlijk recht noch in het strafrecht een helder omlijnd begrip. Zij worden weliswaar erkend als ten behoeve van de vaststelling van aansprakelijkheid of strafbaarheid te hanteren begrippen, maar de precieze betekenis, alsmede de positionering daarvan met betrekking tot de bepaling van die aansprakelijkheid of strafbaarheid is in beide vakgebieden nog onderwerp van debat. Dit gezegd zijnde, menen wij dat zeker ten aanzien van het strafrechtelijke leerstuk culpa de systematisering van het begrip maatman in het burgerlijk recht kan bijdragen tot een betere omschrijving van het criteriumfiguur en daarmee behulpzaam kan zijn bij een meer helder gemotiveerde vaststelling van strafbaarheid voor een culpoos delict door de rechter. Naar onze mening biedt de wijze waarop in de strafrechtelijke literatuur het criteriumfiguur wordt beschreven, de rechter op dit moment onvoldoende houvast, zeker in geval van beoordeling van een door het Openbaar Ministerie ten laste gelegd culpoos delict. De systematisering van de maatman in het burgerlijk recht kan de strafrechter volgens ons meer duidelijkheid bieden.<sup>11</sup>

9 Zie A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008.

10 Zie bijv. J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, o.a. p. 256 (culpa), 293 (psychische overmacht).

11 Franken stelt dat het wetenschappelijke debat over leerstukken van materieel strafrecht nogal eens 'op een dermate hoog abstractieniveau plaatsvindt dat het nauwelijks nog te volgen is', waardoor onvoldoende aanknopingspunten voor de rechtspraak worden geboden, kritiek die wij ook wel eens uit de mond van Joan de Wijkerslooth hebben vernomen. Wij hebben deze kritiek zoveel als mogelijk ter harte genomen. Zie: A.A. Franken, 'Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht', *DD* 2006, p. 958.

Het gebruik van het burgerlijk recht op deze door Vranken als positieve interne rechtsvergelijking genoemde methode<sup>12</sup> ten behoeve van het materiële strafrecht is niet onomstreden. Zo wordt gesteld dat het materiële strafrecht en het burgerlijk recht weliswaar op het niveau van de basisstructuur 'begripsmatige verwantschap' tonen, maar dat het burgerlijk recht uitgaat van aansprakelijkheid en de daarvoor gebezigde begrippen, zoals de maatman, voor een zo adequaat mogelijke vaststelling daarvan ten dienste staan, terwijl in het materiële strafrecht wordt gewerkt met strafbaarheid, dat een striktere betekenis toekomt, zoals uit de voorwaarden daarvoor ook tot uitdrukking zou komen.<sup>13</sup> Hiermee verband houdend bekritiseert Wemes de ontwikkeling van vaststelling van strafbaarheid naar een 'toebedelingsvraagstuk', waarin strafbaarheid verwordt tot 'uit de lucht vallende?' toerekening waarvoor een zorgplicht tot uitgangspunt wordt genomen. Wemes kan zich voorstellen dat in het bijzonder strafrecht daartoe wel de noodzaak bestaat, maar meent dat voor het commune strafrecht, vooral de misdrijven, het 'misprijzen en leedtoevoeging (...) op bepaalde voor de samenleving onduldbare gedragingen, welke het aan persoonlijke, zedelijke schuld des daders wijt'<sup>14</sup> centraal behoort te staan. In een dergelijke omschrijving van het strafrecht passen volgens Wemes zorgplichten als uitgangspunt veel minder en is een civielrechtelijke benadering van strafbaarheid in termen van strafrechtelijke aansprakelijkheid niet alleen veel minder evident,<sup>15</sup> maar bergt zij ook een zeker risico in zich: 'het potentiële bereik van strafbare betrokkenheid wordt immens uitgebreid', aldus Wemes.<sup>16</sup>

Diverse auteurs menen dat ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad al enige tijd duiden op een verandering van de bepaling van strafbaarheid, onder andere op het terrein van het medeplegen en het voorwaardelijk opzet, en juist om die reden beter kan worden gesproken in termen van aansprakelijkheid en toerekening.<sup>17</sup> Het vasthouden aan oude cri-

12 J.B.M. Vranken, *Algemeen deel\*\** (Asser-serie), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, nr. 195.

13 Zie J.F. Nijboer & L.T. Wemes, *Rechtspraak, dogmatiek en dogmatisme*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 54-56 die spreken in termen van strafrechtelijke aansprakelijkheid 'hoogst ongelukkig' achten.

14 Citaat uit: J. Remmelink, 'Disharmonieën tussen civiel- en strafrecht', *RM Themis* 1959, p. 262-263.

15 D. Roef ('Strafrechtelijke verantwoordelijkheid in de risicomaatschappij', in: P.L. Bal, E. Prakken & G.E. Smaers (red.), *Veiligheid of vergelding? Een bezinning over aard en functie van het strafrecht in de postmoderne risicomaatschappij*, Deventer: Kluwer 2003, p. 33-56) noemt deze ontwikkeling, die hij overigens niet verbindt met een meer civielrechtelijke benadering van het strafrecht, zelfs problematisch.

16 L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol & C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 67-78.

17 Zie G. Knigge, 'Het opzet van de deelnemer', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 291-321; J.M. Reijntjes, *Een afrekening* (afscheidsrede Open Universiteit), Deventer: Kluwer 2005. Zie t.a.v. ouderschap in het algemeen: G. Knigge, 'Doen en laten: enkele opmerkingen over ouderschap', *DD* 1992, p. 128-154.

teria zou namelijk maskeren wat in de strafrechtspraktijk al een tijd lang gaande is,<sup>18</sup> namelijk dat vaststellen van strafbaarheid plaatsvindt door 'toerekening naar redelijkheid'. Door te werken met een dergelijk criterium, in ieder geval bij daderschap van rechtspersonen en bij causaliteit,<sup>19</sup> zou volgens deze auteurs beter zichtbaar worden gemaakt hoe strafbaarheid, of wellicht duidelijker: strafrechtelijke aansprakelijkheid, in gevallen van bijvoorbeeld culpa wordt vastgesteld en kan tevens worden gezocht naar criteria op basis waarvan strafrechtelijke toerekening zou moeten plaatsvinden, of zouden bestaande criteria beter kunnen worden uitgelegd. Bij deze stand van zaken ligt het juist wel in de rede om kennis te nemen van het burgerlijk recht, nu daarin criteria tot ontwikkeling zijn gekomen die inzicht geven in de wijze waarop toerekening zou moeten plaatsvinden.

Wemes stelt dat het benadrukken van jurisprudentie de casuïstiek belangrijker maakt dan de dogmatiek en een 'fixatie op het rechtersrecht' ontstaat die weliswaar normaal is in het burgerlijk recht maar volgens hem tot verschraling van de 'materieel strafrechtelijke dogmatiek-beoefening' leidt.<sup>20</sup> Wij menen dat hiermee aan de belangrijke dogmatische beschouwingen in het burgerlijk recht, bijvoorbeeld ten aanzien van de maatman, onvoldoende recht wordt gedaan, los van de omstandigheid dat wij menen dat casuïstiek, mits op de juiste wijze toegepast, voor de ontwikkeling van leerstukken van materieel strafrecht onvermijdelijk is geworden<sup>21</sup> en door de wetgever van het Wetboek van Strafrecht reeds op stellige wijze werd gepropageerd.<sup>22</sup> Wij erkennen hiermee de belangrijke plaats voor de rechter (in het bijzonder aan de Hoge Raad) maar zijn ons ervan bewust dat dit *een* manier van denken over het materiële strafrecht betreft.<sup>23</sup>

18 Zie t.a.v. de strafrechtelijke causaliteit A.C. 't Hart in zijn annotatie onder HR 7 mei 1985, NJ 1985, 821 en instemmend M.S. Groenhuijsen, 'Materiële dogmatiek en de modernisering van het strafrecht', in: M.S. Groenhuijsen, G.E. Mulder & J. Remmelink (red.), *De Schets nader bekeken. Beschouwingen naar aanleiding van de Schets materieel strafrecht van W. Nieboer*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 19.

19 M.b.t. daderschap van rechtspersonen bepaald in HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328, m.nt. P.A.M. Mevis en m.b.t. causaliteit sedert HR 12 september 1978, NJ 1979, 60, m.nt. Th.W. van Veen.

20 L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht. De invloed van het civiele aansprakelijkheidsrecht op de grondslagen voor strafbaarheid', in: A.M. Hol & C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 72-75.

21 Zie K. Rozemond, 'De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht', *DD* 2007, p. 465-495, die meent dat de materieelstrafrechtelijke dogmatiek juist haar voordeel zou kunnen doen bij het erkennen van het casuïstische karakter van het materiële strafrecht.

22 Zie bijv. H.J. Smidt, *Het Wetboek van Strafrecht*, deel I, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, p. 77.

23 Zie voor een andere opvatting: P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 1-35 (i.h.b. p. 21-34).

De opmerkingen in de vorige alinea geven nog geen antwoord op het risico dat Wemes schetst, namelijk de mogelijke uitbreiding van strafbaarheid. Het gaat in het kader van deze bijdrage te ver om te beoordelen of deze stelling helemaal juist is, maar de opmerkingen van Wemes kunnen in zoverre worden onderschreven dat interne rechtsvergelijking ten dienste behoort te staan aan de rechtsontwikkeling met inachtneming van de (morele) grondslagen van het rechtsgebied dat de onderzoeker als uitgangspunt neemt, in dit geval het strafrecht.<sup>24</sup> Zo bezien dient de bijdrage van de civielrechtelijke beschouwingen over de maatman tot verheldering van de betekenis en de positie van het criteriumfiguur in het stelsel van aansprakelijkheidstelling, maar niet als hulpmiddel ten behoeve waarvan een stelsel van voorwaarden voor strafbaarheid kan worden ontwikkeld waarmee strafbaarheid sneller en op eenvoudiger wijze kan worden vastgesteld.

### 3 EEN SCHETS VAN DE MAATMAN IN HET BURGERLIJK RECHT

In een democratische rechtsstaat vindt een permanente zoektocht plaats naar de rol van de staat en de precieze verhouding tot burgers. Vanuit een Rawlsiaans vertrekpunt is de burger die 'artificiële persoon' die in de publieke ruimte behept is met 'een redelijke morele psychologie', maar waar geen plaats is voor zijn natuurlijke driften en culturele achtergrond.<sup>25</sup> Volgens Taylor bevindt de burger in de publieke ruimte zich op een knooppunt van relaties, waarin verschillende culturele, sociale en psychologische eigenaardigheden tot uitdrukking kunnen komen.<sup>26</sup> Het onderscheid tussen beide perspectieven is van betekenis voor de wijze waarop de burger (als rechts-subject) in het recht wordt bejegend. In het eerste perspectief is het rechts-subject losgemaakt van de private ruimte, terwijl in het tweede perspectief die private ruimte in zekere mate in de publieke ruimte doordringt en de ontwikkeling van beide ruimten afhangt van de inbreng van burgers met hun eigen, unieke positie in de wereld. In het recht zou, in een grove schets, met betrekking tot het eerste perspectief het rechtssubject ieder mens een ieder gelijkmakend masker bieden, terwijl in het tweede perspectief het rechtssubject weliswaar een masker draagt, in zoverre zijn beide perspectieven aan elkaar verwant, maar dat masker laat ruimte voor eigen accenten.

24 Zie J.H. Crijns, *De strafrechtelijke overeenkomst. De rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie op het grensvlak van publiek- en privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2010, par. 7.2 en 7.4. In de Nederlandse dogmatiek is voor het zoeken naar morele grenzen de idee van instrumentaliteit en rechtsbescherming, al dan niet in de uitwerking daarvan door Foqué en 't Hart (o.a. in: *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waarden-discussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer rechtswetenschappen 1990), leidend geworden.

25 J. Rawls, *Political liberalism*, New York: Columbia University Press 1996, p. 212-227.

26 Ch. Taylor, *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1989, p. 25-40.



Het masker is in deze tweede visie niet een alles verstikkend, volledig gelijkmakend rekwisiet van de publieke sfeer, maar biedt mogelijkheden dat de private sfeer doordringt in de publieke sfeer, zonder dat beide sferen worden opgeheven, of dat de ene sfeer door de andere wordt gekoloniseerd.<sup>27</sup>

Het voorgaande geeft een summier overzicht van de thematiek van de mens in het recht. Voor de vaststelling van aansprakelijkheid voor bepaalde feiten geldt onder andere dat iedereen in gelijke mate aansprakelijk kan worden gehouden.<sup>28</sup> Op basis van het gelijkheidsbeginsel wordt gezocht naar (zoveel mogelijk) uniforme regels van aansprakelijkheid. Daarmee wordt ook de rechtseenheid gegarandeerd. De moeilijkheid is dat die gelijkheid in de rechtspraktijk niet bestaat: ieder menselijk wezen is uniek en het is die uniciteit die, wanneer door het recht erkend, zo complex is, dat gelijkaardige regels voor aansprakelijkheid onmogelijk zijn. Daarom is, ten behoeve van (zoveel mogelijk) uniforme regels van aansprakelijkheid, in het burgerlijk recht een 'stijlfiguur'<sup>29</sup> geïntroduceerd die uitdrukking geeft aan het gelijkheidsbeginsel: de maatman.

De maatman kan op meerdere manieren worden gehanteerd. Meest gekende methode is de aansprakelijk te stellen partij te vergelijken met de 'redelijke mens',<sup>30</sup> aan wie wordt voorgehouden hoe deze zou hebben gehandeld wanneer hij in dezelfde situatie als de aansprakelijk te stellen partij zou zijn verzeild geraakt. In het burgerlijk recht wordt deze redelijke mens altijd enigszins ingekleurd door de omstandigheden van het geval, nu de eisen die aan de maatman worden gesteld, worden bepaald door de rol die de partij in die omstandigheden speelde. De maatman vervult de rol van consument, verkeersdeelnemer of beroepsbeoefenaar.<sup>31</sup> De aanvulling van die rol, maakt het mogelijk om daaraan verwachtingen te verbinden die worden gekoesterd op basis van de sociale positie die de betreffende persoon vervult. Deze verwachtingen maken het zoeken naar normatieve aanknopingspunten waarop aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, mogelijk.<sup>32</sup>

---

27 Dit is althans de invulling van H. Arendt in: *The Human Condition*, Chicago & London: The University of Chicago Press 1998 (oorspronkelijk 1958), p. 181-188. Nader uitgewerkt voor het recht door R. Foqué in zijn: *De ruimte van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 31-39 en A.C. 't Hart, *Mensenwerk? Over rechtsbegrip en mensbeeld in het strafrecht van de democratische rechtsstaat* (Mededelingen der Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen), Amsterdam [etc.]: Noord-Hollandsche 1995, p. 31-39.

28 Over de invulling van dit beginsel verschillen de opvattingen. Zie hierover, niet bezien in het licht van aansprakelijkheidsrecht, T. Loenen, *Het gelijkheidsbeginsel*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998, p. 19-32.

29 Zie A.G. Castermans, 'Door meten tot weten', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 12.

30 Zie bijv. J. Cartwright, 'The Fiction of the "Reasonable Man"', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 143-154.

31 Zie hierover o.a. C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 266-275, 278-280.

32 Zie J.H. Nieuwenhuis, 'Personen en hun rollen', in: J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer: Kluwer 2007, p. 66.

Wanneer de kennis en vaardigheden van de maatman zijn bepaald, kan 'de partij in kwestie de maat genomen' worden. De maatman biedt de rechter een model op basis waarvan hij de vaak vage normen van aansprakelijkheid nader kan invullen. Castermans stelt dat in het burgerlijk recht de maatman niet de functie van rolmodel vervult.<sup>33</sup> De maatman is in feite een hulpmiddel ten behoeve van de rechterlijke oordeelsvorming. Deze wijze van rechterlijke oordeelsvorming wordt objectivering genoemd: de aansprakelijk te stellen partij wordt tegen een meetlat gelegd, waarvan overigens de maten voor dat geval zijn vastgesteld. De burger kan geen aanspraak maken op de norm die ten aanzien van de maatman in een bepaald geval wordt aangenomen. De noodzaak daarvan laat zich raden: rollen veranderen gedurende de tijd en moeten dus 'iedere keer opnieuw (...) worden geschreven', althans voor zover het geding herschrijving verlangt.<sup>34</sup>

Kenmerkend voor het gebruik van een maatman is dat ook al voldoet iemand niet aan de vaardigheden die van de maatman mogen worden verwacht, hij wordt 'geacht te handelen *alsof* hij hieraan voldoet'.<sup>35</sup> Hiermee wordt het mogelijk de schier onmogelijke detaillering van rechtsnormen te voorkomen. De maatman rechtvaardigt in zoverre het gebruik van, in het burgerlijk recht gangbare, vage omschrijvingen van normen. Met behulp van de maatman wordt dus bepaald wat de inhoud van een vage rechtsnorm in bepaalde omstandigheden is, om die norm vervolgens in beginsel van toepassing te verklaren op de dader. Mede op basis hiervan wordt aldus de onrechtmatigheid van het handelen van de dader in een concreet geval vastgesteld.

Door Tjong Tjin Tai is gesteld dat de eisen die aan de maatman worden gesteld (een vraag naar behoren) een zorgplicht betreft, dat wil zeggen 'een *ethische* plicht, die niet alleen betrekking heeft op het juiste gedrag, maar tevens wijst op de idealiter aanwezige *houding* van de schuldenaar, zijn *karakter*.' De verwachtingen van de maatman betreffen niet alleen objectieve, maar ook geconcretiseerde verwachtingen, die *meerdere* kennis en vaardigheden omvatten dan die van de maatman worden verwacht en die voortvloeien uit de positie waarin de persoon van de dader zich ten tijde van het handelen bevond.<sup>36</sup> Volgens Tjong Tjin Tai is de norm gesubjectiveerd: 'Als iemand toevallig over een grotere deskundigheid beschikt, worden er op dat punt hogere eisen aan hem gesteld'.<sup>37</sup> Hiermee wordt volgens ons tot uit-

33 A.G. Castermans, 'Door meten tot weten', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 12. De maatman is dus gericht tot de rechter: m.b.v. de maatman kan de rechter bepalen wat de zorgvuldigheidsnorm is waaraan de schuldenaar zich had behoren te houden, of die norm ook op de schuldenaar betrekking heeft en in hoeverre de schuldenaar dus onrechtmatig heeft gehandeld.

34 J.H. Nieuwenhuis, 'Personen en hun rollen', in: J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, Deventer: Kluwer 2007, p. 67.

35 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Deventer: Kluwer 2006, p. 110.

36 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Deventer: Kluwer 2006, p. 110-113.

37 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Deventer: Kluwer 2006, p. 148.



drukking gebracht dat naast de maatman ook andere argumenten van invloed zijn op invulling van de norm en de onrechtmatigheid van het handelen, namelijk zij die verband houden met de concrete omstandigheden van het geval. Dit een karakterologische aanvulling op de norm willen noemen is minder gelukkig; deze subjectivering moet worden begrepen in het licht van de unieke positie die elk individu in de wereld inneemt en die van invloed is op de betekenisbepaling van de norm.<sup>38</sup>

Ook naar onder toe kan worden gesubjectieerd: in dat geval geldt de eis van voorzienbaarheid. Die eis bestaat volgens Tjong Tjin Tai uit twee componenten: een kennis-voorzienbaarheid (wat had de actor behoren te weten?) en een standpunt-voorzienbaarheid (kon de actor 'vanuit zijn positie, de gegevens die hij ter beschikking heeft' voorzien 'dat een bepaald belang geraakt wordt of met een voldoende grote kans geraakt kan worden?').<sup>39</sup> Dit maakt de beoordeling van de onrechtmatigheid er niet eenvoudiger op: aan een objectieve beoordeling van aansprakelijkheid met behulp van de maatman, die in de literatuur overigens belangrijke aanhangers kent,<sup>40</sup> worden aspecten toegevoegd die verband houden met de concrete omstandigheden van het geval. Die worden niet betrokken bij de beoordeling van schuld (waarbij wordt gedoeld op schuld in de zin van verwijtbaarheid), maar al meegenomen bij de vaststelling van de onrechtmatigheid.

Schwitters stelt, in lijn hiermee: 'In een samenleving gekenmerkt door taakverdeling en specialisatie gelden uiteenlopende gedragsnormen voor mensen met verschillende deskundigheden en verantwoordelijkheden. Daaraan wordt recht gedaan doordat de onrechtmatigheidsnorm vanaf 1919 (hiermee wordt verwezen naar het bekende arrest *Lindenbaum/Cohen, AS&JtV*) meer elastisch kan worden toegespitst op die uiteenlopende capaciteiten en verantwoordelijkheden.'<sup>41</sup> Schwitters verklaart deze opvatting door een alternatieve interpretatie van de term subjectieve. Hierin verwijst het subjectieve niet exclusief naar de schuld, maar 'verwijst naar de ruimte die individuen in een rechtsprocedure geboden wordt om gehoor te vinden voor hun interpretatie van de werkelijkheid. Het subjectieve kan slechts begrepen worden in samenhang met intersubjectiviteit', aldus Schwitters, daarmee aangevend dat het gebruik maken van maatmannen voor de vaststelling van aansprakelijkheid niet van doorslaggevend belang behoort te zijn. Altijd dient het subjectieve, dat wil volgens Schwitters zeggen de 'alternatieve opvatting van de werkelijkheid' van de dader gehoor te krijgen, in de vorm van een mogelijkheid tot het inroepen van een rechtvaardigingsgrond voor het handelen.<sup>42</sup> Zonder hier in deze bijdrage verder op in te kun-

38 Zie M. Hildebrandt, *Straff(begrip) en procesbeginsel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002, p. 46-77.

39 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Deventer: Kluwer 2006, p. 148.

40 Zie o.a. C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, Een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 259-263.

41 R. Schwitters, 'Over maatmannen en het subjectieve', *R&R* 2008, p. 208.

42 R. Schwitters, 'Over maatmannen en het subjectieve', *R&R* 2008, p. 209-210.

nen gaan, wordt hiermee naar onze mening een poging gedaan aansluiting te zoeken bij het Tayloriaanse perspectief.

#### 4 VAN DE MAATMAN NAAR HET CRITERIUMFIGUUR

Uit de vorige paragraaf blijkt dat de maatman in het burgerlijk recht een 'stijlfiguur' is die verband houdt met de noodzaak tot objectivering van het rechterlijk oordeel. Tegen de achtergrond van de realisering van rechtsbeginselen als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid vormt deze wijze van oordeelsvorming een waarborg tegen willekeur van de rechter. De precieze inhoud van de geschonden norm wordt weliswaar door de rechter vastgesteld, maar 's rechters interpretatie van de geschonden norm vormt geen uitdrukking van diens persoonlijke esthetiek of subjectieve opvattingen over behoren. De norm wordt grotendeels gevonden binnen de context van de omstandigheden van het geval. Aldus bezien draagt deze methode bij aan de verantwoording die door de rechter wordt afgelegd voor zijn uiteindelijke beslissing.

Uit het voorgaande is evenwel ook gebleken dat 'de maatman' niet louter een methodische functie bezit. In aanvulling hierop zien we een discussie over de mate van doorwerking van de maatman in de vaststelling van aansprakelijkheid. De inhoud van de onrechtmatigheid van het handelen blijkt mede te worden bepaald aan de hand van de maatman. In dit proces van objectivering ligt een normatief element besloten, te weten daar waar de maatman de norm voor het handelen van een persoon tot uitdrukking brengt. In de discussie over de maatman in het burgerlijk recht is om die reden veel aandacht voor de verhouding tussen objectieve en subjectieve factoren die gezamenlijk de maatman (kunnen) vormen.<sup>43</sup> Sommige auteurs bepleiten evenwel een (alternatieve) intersubjectieve benadering van onrechtmatigheid, waarin ruimte is voor het verhaal van de dader *naast* de maatman. Zeker in deze laatste benadering wordt duidelijk dat achter de discussie over de inhoud van de maatman en de betekenis er van voor de rechterlijke oordeelsvorming een tweede, klassiek juridisch, vraagstuk schuilgaat, te weten naar de verhouding tussen de algemeen geldende norm en de algemeen geldende regels enerzijds en de geldigheid (van de toepassing) er van in het individuele geval.<sup>44</sup> Deze discussie is met name relevant in geval het normatieve karakter van een maatman sterk wordt benadrukt. Ziet men de maatman in de eerste plaats als (startpunt voor) een geobjectiverd zoeken naar relevante gezichtspunten en feiten en omstandigheden, dan is die discussie in zekere zin minder urgent. De intersubjectieve benade-

43 In dit verband dient nog te worden vermeld dat in het gezaghebbende commentaar op het BW de wens om aan de maatman meer beoordelingsfactoren te verbinden die verband houden met de persoon van de dader, de laatste jaren wordt benadrukt.

44 Zie P. Memelink, 'De maatman en de verkeersopvatting', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De maatman in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 32-33.

ring van onrechtmatigheid, zoals voorgestaan door Schwitters, beoogt zowel op het niveau van de geldigheid van de rechtsregel als op het niveau van de toepassing er van in het individuele geval het verhaal van de dader een plaats te geven. Zijn opvatting over de subjectieve zijde van de onrechtmatigheid is er dan ook één die beter vanuit procedureel oogpunt kan worden begrepen, dan vanuit de bijna gebruikelijke materieelrechtelijke tweedeling tussen de objectieve en subjectieve zijde van de onrechtmatigheid. De mate waarin en de wijze waarop daaraan gevolg kan worden gegeven moet afhankelijk worden geacht van de grondslagen en grondstructuren van het betreffende aansprakelijkheidsrecht. Voor het strafrechtelijk perspectief geldt in dat verband bijvoorbeeld dat in de uitwerking van dit vraagstuk aansluiting kan worden gezocht bij- en een koppeling kan worden gemaakt met het strafvorderlijk beslissingsmodel van de artikelen 348 en 350 Sv. Daarin ligt een beslissingsstructuur besloten die, gelet op bijvoorbeeld de materieelrechtelijke interpretatie van strafuitsluitingsgronden in samenhang met het in het beslissingsmodel gehanteerde onderscheid tussen wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid, relevant kan worden geacht voor de analyse en beoordeling van de doorwerking van de maatman op zowel het objectieve als het subjectieve.

Door te verwijzen naar de grondslagen en grondstructuren van het betreffende aansprakelijkheidsrecht, kan een brug worden gebouwd naar de wijze van doorwerking van de maatmannen in het strafrecht: de criteriumfiguren. Er is voor gekozen dit onderwerp wat betreft het strafrecht te benaderen vanuit de culpoze delicten. Voor een goed begrip van de functie van criteriumfiguren bij het bewijs van culpa, alsook voor een nadere dogmatische analyse er van, dienen enkele voorafgaande beschouwingen over de inhoud en de structuur van de culpa te worden gemaakt.

## 5 CRITERIUMFIGUREN EN DE CULPA

### 5.1 *De inhoud van de culpa – wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid*

De culpa wordt vanouds als het 'probleemkind' in het materiële strafrecht beschouwd.<sup>45</sup> Iedereen die weleens materieel strafrecht heeft gedoceerd weet dat studenten nogal wat moeite hebben de culpa te begrijpen. Maar ook de strafrechtspraktijk worstelt met de toepassing ervan, terwijl culpoze delicten toch vrij geregeld worden tenlastegelegd. Niet in de laatste plaats worstelt ook de strafrechtsdogmatiek al lang met dit algemene leerstuk. Het voert voor deze bijdrage echter te ver de culpa uitputtend te beschrijven.

---

45 Zie W. Nieboer en G.A.M. Strijards, 'Culpa – is er een weg terug?', in: A.C. 't Hart e.a. (red.), *Strafrecht in balans. Opstellen over strafrecht aangeboden aan A.C. Geurts*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 175.

Niettemin menen wij dat voor een goede plaatsbepaling van het criteriumfiguur binnen de culpa enkele algemene beschouwingen gewenst zijn.

Bij de culpoze delicten ziet de rechter zich gesteld voor het probleem dat de bestanddelen die invulling moeten geven aan de strafrechtelijke onrechtmatigheid, de wederrechtelijkheid, nagenoeg ontbreken. Artikel 307 Sr, dood door schuld, stelt bijvoorbeeld 'slechts' strafbaar het intreden van de dood die aan de schuld van de verdachte is te wijten. Een omschrijving van de gedraging, zoals bij doleuze delicten veelal wel het geval is, ontbreekt in deze strafbepaling. De wetgever heeft er voor gekozen strafbaarheid ten aanzien van het intreden van het gevolg aan te willen laten nemen onder de voorwaarde dat dit aan de schuld van de verdachte te wijten is. Weliswaar heeft de wetgever een nadere beschrijving gegeven van de culpa door aan te geven dat het moet gaan om grove vormen van onachtzaamheid, onnadenkendheid, onvoorzichtigheid, een gebrek aan voorzorg of om nalatigheid,<sup>46</sup> maar de nadere invulling van de regels die aangeven waaruit die onnadenkendheid of nalatigheid zou moeten bestaan, is aan de rechter overgelaten.

Met betrekking tot art. 6 WVV 1994 heeft de Hoge Raad bepaald dat voor het antwoord op de vraag of in een concreet geval sprake is 'aanmerkelijke onoplettendheid en/of onachtzaamheid' het aankomt 'op het geheel van gedragingen van de verdachte, de aard en ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval.'<sup>47</sup> Een dergelijke procedurele benadering geeft geen antwoord op de vraag wanneer van schuld sprake is, maar geeft houvast wanneer in een concrete strafzaak (betreffende art. 6 WVV 1994) uit de gebezigde bewijsmiddelen schuld kan worden afgeleid. Een dergelijk procedurele benadering brengt ons volgens Van Dijk voor het begrip van de culpa 'niet gek veel verder'.<sup>48</sup> Dat lijkt ietwat kort door de bocht; uit het arrest kan worden afgeleid dat de Hoge Raad een objectieve en een subjectieve component van de culpa,<sup>49</sup> of beter: de wederrechtelijkheid en de verwijtbaarheid, onderscheidt.<sup>50</sup> In het vervolg wordt de nadruk gelegd op de beoordeling van de objectieve component, omdat daarin het criteriumfiguur een rol speelt. Allereerst wordt de vaststelling van de wederrechtelijkheid

46 H.J. Smidt, *Het Wetboek van Strafrecht*, deel I, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, p. 77-79.

47 HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252, m.nt. G. Knigge.

48 A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schuldsluitings-gronden en straf* (diss. Groningen), Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2008, p. 35.

49 Aldus ook G. Knigge in zijn annotatie bij HR 1 juni 2004, NJ 2005, 252.

50 D.H. de Jong en G. Knigge (*Ons strafrecht. Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 131-131) onderscheiden onvoorzichtigheid en verwijtbaarheid als de componenten van de culpa. In hun omschrijving van onvoorzichtigheid zou de wederrechtelijkheid kunnen worden onderkend. Machielse verbindt de wederrechtelijkheid nadrukkelijker met de culpa. Zie A.J. Machielse, 'Wederrechtelijkheid en schuld bij het culpoze delict', in: V.H. Davelaar-van Tongeren, N. Keijzer en U. van de Pol (red.), *Strafrecht in perspectief. Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan der Vrije Universiteit te Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 215-233. Zo ook W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlands strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 182.

binnen de culpa vrij globaal beschreven (§ 5.2), om vervolgens de plaats van het criteriumfiguur te duiden (§ 5.3). In § 5.4 worden enkele kritische kanttekeningen gemaakt bij het gebruik van criteriumfiguren.

## 5.2 Vaststelling van de wederrechtelijkheid binnen de culpa

De vraag is op welke wijze de rechter te werk gaat bij de vaststelling van de wederrechtelijkheid van de gedraging. Nu deze niet vooraf is gegeven, zal de rechter zelfstandig op zoek moeten gaan naar de regels die de aan de orde zijnde gedraging normeren en, aan de hand daarvan, een oordeel moeten vellen over de vraag of verdachte in strijd met deze regels heeft gehandeld. Het vaststellen van de objectieve component van de culpa geschiedt aan de hand van een drietal stappen: 1) de omschrijving van de gedraging, 2) het uit die gedraging afleiden van een zorgplicht en 3) het bepalen of er bij de schending van die zorgplicht een geoorloofd risico is genomen.

Allereerst moet de rechter een zorgvuldige omschrijving van de uiterlijk waarneembare gedraging geven. Die omschrijving wordt hem reeds aangedragen door het Openbaar Ministerie in de tenlastelegging. Een zorgvuldige omschrijving van de gedraging is noodzakelijk, omdat mede daaruit 'de constatering dat de gedraging van de verdachte niet beantwoordt aan een uiterlijke standaard van voorzichtigheid, onoplettendheid, nauwkeurigheid enzovoorts', kortom dat een 'zorgplicht is verzaakt', moet worden afgeleid.<sup>51</sup> Ten behoeve van het omschrijven van de zorgplicht worden in de strafrechtelijke dogmatiek verschillende methoden, vindplaatsen van argumenten en gezichtspunten aangewezen. Het vinden van regels die het handelen van de betreffende verdachte normeren is het zoeken naar die maatstaven waartegen het gedrag van de verdachte kan worden afgemeten. Door de wetgever of andere instanties of groepen gestelde of gehanteerde gedragsregels vormen een belangrijke vindplaats voor dergelijke maatstaven, alsook feitelijke omstandigheden, anderszins geldende (sub)normen en gewoonte- en ervaringsregels.<sup>52</sup>

Ten aanzien van de brugwachter die de brug sluit, terwijl op het bewegende wegdeel van de brug nog een automobilist aanwezig is die vervolgens te water raakt en komt te overlijden, zal bij de beoordeling of sprake is

51 F. de Jong, *Daad-schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictsbestanddeel schuld* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 389. Zie ook S.I. Politoff/F.A.J. Koopmans, *Schuld*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 129. 'Uiterlijk onvoorzichtig' gedrag, aldus Remmelink, leidt ertoe dat de rechter in beginsel mag aannemen dat de verdachte 'ook onvoorzichtig geweest is'. Zie J. Remmelink, *mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 236.

52 Zie onder meer A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schuldsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2008, p. 43; J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 255.

van dood door schuld onder meer moeten worden bekeken aan welke regels de brugwachter zich heeft te houden bij het sluiten van de aanrijbomen.<sup>53</sup> Ten aanzien van de zorgmedewerker die werd vervolgd wegens dood door schuld van een patiënt die in een te heet bad was geplaatst, waardoor deze patiënt was komen te overlijden, zal moeten worden beoordeeld welke de regels waren die golden voor het baden van patiënten.<sup>54</sup> Voor een bestuurder van een motorvoertuig dient te worden gekeken naar de geldende verkeersregels en verkeerstekens.

De zorgplicht wordt echter 'niet zodanig hoog gesteld, dat slechts bij uiterste voorzichtigheid geen culpa kan worden aangenomen, zelfs niet in betrekkelijk gevaarlijke situaties.'<sup>55</sup> Bepaalde risico's mogen worden genomen, zonder daarvoor strafrechtelijk aansprakelijk te worden gesteld. Het gaat immers niet om zomaar enige onoplettendheid, onnauwkeurigheid, onvoorzichtigheid, maar om *aanmerkelijke* onvoorzichtig, enzovoorts.<sup>56</sup> Daarbij is niet alleen het genomen risico en de daardoor geschonden norm van belang, ook de aard van de gedraging en de daarmee gediende belangen behoren te worden meegewogen. Bij deze belangenafweging wordt ook verwezen naar de hoedanigheid van de verdachte. Op dit punt lijkt het criteriumfiguur een rol gaan te spelen ter bepaling van de mate waarin van een verdachte oplettendheid, voorzichtigheid, nauwkeurigheid, enzovoorts, werd verwacht.

### 5.3 *Het criteriumfiguur bij de vaststelling van de wederrechtelijkheid binnen de culpa*

Bij de beoordeling van de belangenafweging ten behoeve van de vaststelling van de wederrechtelijkheid, wordt in de strafrechtsdogmatiek gesproken van criteriumfiguur en de Garantenstellung, maar ook van de maatman en de 'bonus pater familias' of 'goede huisvader'. Deze begrippen dekken niet dezelfde lading. Het criteriumfiguur houdt verband met de 'goede huisvader' en verwijst naar de normale, gemiddelde, wetsgetrouwe mens,<sup>57</sup> met behulp van wie een maatstaf wordt aangelegd op basis waarvan wordt vastgesteld wat van de verdachte in de gegeven omstandigheden mocht worden verwacht. De Garantenstellung (en – gelet op de omschrijving daarvan in § 3 –

53 Rb Zwolle 21 oktober 2008, NJ 2008, 634, in het bijzonder r.o. 1.1.

54 Rb Middelburg 17 april 2002, LJN AE1632.

55 F. de Jong, *Daad-schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictsbestanddeel schuld* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 389; C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 212-213.

56 Zie bijv. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 484, nr. 3, p. 7.

57 Zie C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 212; A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schulditsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2008, p. 45-46.



ook de maatman) verwijzen niet zozeer naar de gemiddelde mens, maar naar iemand aan wie bijzondere eisen kunnen worden gesteld, gelet op zijn beroep of maatschappelijke functie. De Garantenstellung wordt met andere woorden verbonden met zogeheten 'functionele daders'. Deze Garantenstellung vormt een aanvulling op, of beter: een nadere invulling van, de zorgplicht die reeds was vastgesteld. Zo wordt in het geval van een automobilist niet alleen gekeken naar de geldende verkeersregels en verkeertekens, maar bijvoorbeeld ook 'zijn specifieke opleiding en het bezit van een rijbewijs'<sup>58</sup> (als teken van bekwaamheid) worden meegewogen. Het gebruik van de Garantenstellung maakt de beoordeling van de culpa duidelijk normatief: het gaat er om wat van deze dader mag worden gevergd in de gegeven situatie. Een dergelijk normatieve invulling van de Garantenstellung valt te billijken: aan bepaalde functies moeten, gelet op de risico's die de uitoefening daarvan met zich brengt, hoge eisen worden gesteld waaraan niet snel mag worden getornd. De Garantenstellung werkt in zoverre als een rem op de geoorlooftheid van het risico en leidt sneller tot het aannemen van wederrechtelijkheid.<sup>59</sup>

Het risico bestaat de werking van de Garantenstellung uit te breiden naar anderen dan functionele daders. De neiging om de Garantenstellung en het criteriumfiguur over één kam te scheren, zou dit mogelijk kunnen maken.<sup>60</sup> De Garantenstellung maakt een meer geconcretiseerde beoordeling van de wederrechtelijkheid nagenoeg onmogelijk: wanneer een zorgplichtschending is vastgesteld in de uitoefening van de functie van de verdachte is de wederrechtelijkheid van de gedraging eigenlijk gegeven. In het burgerlijk recht lijkt de maatman inderdaad op deze wijze te functioneren. Juist omdat daarmee een onvoldoende geconcretiseerd oordeel over de gedraging wordt gegeven, lijkt de laatste tijd discussie over de maatman te zijn ontstaan. Sieburgh ziet in de al te abstracte maatman reden om de maatman nader in te vullen, en dus te verwijzen naar 'capaciteiten' die verband houden met de persoon van de verdachte.<sup>61</sup> Ook in de strafrechtelijke dogmatiek wordt daarnaar verwezen: 'het individu wordt vergeleken met personen die een aantal cruciale eigenschappen met de verdachte delen, zoals

58 A.E. Harteveld/H.G.M. Krabbe (red.), *De wegenverkeerswet 1994. Een strafrechtelijk commentaar*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 132. Van de bestuurder van een vrachtwagen wordt in dezen nog meer verwacht. Zie bijv. HR 21 april 2009, NJ 2009, 209.

59 Zie C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 213; J. Remmelink, *a.w.*, p. 235. In deze bijdrage wordt in het midden gelaten of de Garantenstellung bij andere materieelstrafrechtelijke leerstukken op dezelfde wijze functioneert.

60 Soms is het onderscheid niet erg duidelijk. Zie bijv. F. de Jong, *Daad-schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictsbestanddeel schuld* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 390, die spreekt van "'de" gemiddelde, normale mens (eventueel met een zelfde Garantenstellung). Wordt hiermee nu aan de normale mens eenzelfde standaard van oplettendheid gevergd als bij de Garantenstellung? En wat is dan het verschil?

61 C.H. Sieburgh, *Toerekening van onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000, p. 165.

leeftijd, geslacht, sociaal milieu, beroep en dergelijke.<sup>62</sup> De Jong, auteur van dit citaat, erkent dat hiermee gezocht wordt naar maatstaven die verband houden met de persoon van de verdachte, maar tegelijkertijd wordt geobjectiveerd. In hoeverre hiermee kan worden ontsnapt aan de dwingende werking van de Garantenstellung is de vraag. Een meer zelfstandige positie van het criteriumfiguur, die ontkomt aan een al te normatieve beoordeling van de wederrechtelijkheid en waarin nadrukkelijk rekening wordt gehouden met concrete omstandigheden van het geval, lijkt ook zichtbaar bij Machielse. Hij ziet het criteriumfiguur als de 'gewetensvolle en verstandige mens', maar ook als een 'einsichtig' persoon in dezelfde leeftijd en met dezelfde kracht als de verdachte die verkeert 'in een goede mentale conditie' en als 'verstandige dubbelganger' of 'modelfiguur'. In hoeverre daarmee telkens hetzelfde wordt bedoeld, is niet helemaal duidelijk, maar we kunnen ervan uitgaan dat het hier telkens gaat om synoniemen. Door de verdachte te vergelijken met zijn 'verstandige dubbelganger' kan worden nagegaan waartoe hij was verplicht. 'Plichtsbepalend zijn allereerst die eigenschappen die direkt het fysieke kunnen van de mens bepalen, waarbij vooral te denken is aan leeftijd, zintuiglijke vermogens en kracht. Het individu is niet verplicht tot datgene waartoe hij evident niet in staat moet worden geacht.'<sup>63</sup> Hieruit volgt dat voor de invulling van de eisen waaraan 'verstandige dubbelganger' moet voldoen, niet moet worden gekeken naar wat van de verdachte als ware hij Hercules moet worden verwacht, maar naar wat *in redelijkheid* van hem, in acht nemend de omstandigheden waaronder verdachte handelde, kon worden gevergd.<sup>64</sup>

#### 5.4 Het criteriumfiguur ter discussie

Wat opvalt aan de wijze waarop het criteriumfiguur te berde wordt gebracht, is natuurlijk in de eerste plaats de samenhang die het vertoont met het geldende regelcomplex. Een verwijzing naar het criteriumfiguur is de verwijzing naar de normen en regels die gelden voor het handelen van de ver-

62 F. de Jong, *Daad-schuld. Bijdrage aan een strafrechtelijke handelingsleer met bijzondere aandacht voor de normativering van het delictsbestanddeel schuld* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 390. Zie ook A.J. Machielse, 'Wederrechtelijkheid en schuld bij het culpoze delict', in: V.H. Davelaar-van Tongeren, N. Keijzer en U. van de Pol (red.), *Strafrecht in perspectief. Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan der Vrije Universiteit te Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 226-227.

63 A.J. Machielse, 'Wederrechtelijkheid en schuld bij het culpoze delict', in: V.H. Davelaar-van Tongeren, N. Keijzer en U. van de Pol (red.), *Strafrecht in perspectief. Een bundel bijdragen op strafrechtelijk gebied ter gelegenheid van het 100-jarig bestaan der Vrije Universiteit te Amsterdam*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 226.

64 Zie ook C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 212; A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen. Over opzet, schuld, schuldsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2008, p. 45-46.

dachte in kwestie. Dat roept de vraag op naar de toegevoegde waarde van het criteriumfiguur bij de beoordeling van de culpa. Is het immers niet voldoende te verwijzen naar de betreffende norm en de betreffende regels, zonder deze te personificeren in de vorm van een criteriumfiguur? Dit is ook in de kern de kritiek van Cartwright in zijn bespreking van de *reasonable man* in het Engelse burgerlijke- en strafrecht.<sup>65</sup> Een bijkomend bezwaar van het gebruik van een criteriumfiguur bij de vorming en het expliciteren van de geldende regels en normen, is de vertroebeling

Een wetssystematisch argument ter ondersteuning van een relativeren-de benadering van het criteriumfiguur als rechtsfiguur komt voort uit de structuur van de strafbaarstelling in relatie tot het strafvorderlijk beslissings-model. Strafbarestellingen hebben naar hun aard een algemeen karakter – zij gelden voor allen die zich binnen het bereik van de strafwet bevinden. In de voorwaarden voor strafbaarheid zoals deze in de strafrechtelijke dogmatiek worden aanvaard, ligt besloten dat bijzonderheden met betrekking tot de wederrechtelijkheid of de individuele verwijtbaarheid wel ter sprake dienen te kunnen komen, maar dan wel op het niveau van de uitzondering. Het stelsel van de artikelen 348 en 350 Sv heeft als premisse, op de grondslag van de algemeen geldende ge- of verbodsbepaling, dat strafbaarheid bestaat bij bewezenverklaring en kwalificatie van de tenlastegelegde gedraging. De vooronderstelling van strafbaarheid die daaruit voortvloeit kan ter discussie worden gesteld door het aanroepen (veelal van de zijde van de verdediging) van de strafuitsluitingsgronden. In deze systematiek ligt een opvatting besloten over de verhouding tussen het algemene en het bijzondere welke kan worden doorgetrokken naar de culpa en, in aanvulling daarop, naar de aard van de norm daarbinnen. Deze dient zoveel mogelijk een algemene gelding te bezitten. Slechts onder deze voorwaarde kan de strafrechtelijke regel voldoen aan de daaraan gestelde strafrechtstheoretische en straftheoretische doelstellingen. Invulling van die norm vanuit een teveel aan bijzonderheden doet afbreuk aan de betekenis en de gelding van de norm. Dat neemt evenwel niet weg dat zowel op het niveau van de wederrechtelijkheid als op het niveau van de verwijtbaarheid van de culpa de bijzonderheden van het geval tot uitdrukking moeten kunnen komen. Ook dat is een normatief uitgangspunt van het materiële en het formele strafrecht. Het verdient de voorkeur dit elementaire uitgangspunt niet in de context van een criteriumfiguur te bespreken, maar daar waar de discussie thuishoort: bij de wederrechtelijkheid en de verwijtbaarheid.

Op grond van het bovenstaande is de functie van de criteriumfiguur slechts zeer beperkt te noemen: Een verwijzing naar een criteriumfiguur is in feite een verwijzing naar een maatstaf. Het zou de voorkeur verdienen om, bij de vorming en expliciteren van de normen en regels die het handelen van verdachte omgeven, die normen en regels los te (blijven) koppelen van een

---

65 J. Cartwright, 'The Fiction of the "Reasonable Man"', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 154.

verwijzing naar een criteriumfiguur. Daartoe zijn hierboven ook wetssystematische argumenten aangevoerd. Als functie lijkt zij overbodig, maar als oriëntatie op de *inhoud* van de geldende norm lijkt zij wel toegevoegde waarde te hebben.

Wat nu is de inhoud van de maatstaf die een verwijzing naar een criteriumfiguur ons biedt? Daarmee belanden we bij een tweede aspect dat opvalt binnen de wijze waarop bijvoorbeeld De Hullu en Van Dijk verwijzen naar de criteriumfiguur. De wetgever heeft bij de behandeling van de culpa wel oog gehad voor vraagstukken van maat(mannen). Relevant is in de eerste plaats de verwijzing van de wetgever naar de *culpa lata*. Voor strafbaarheid is niet nodig dat men niet zo had nagedacht als *de meest nadenkende*. Van belang is dat men zo heeft nagedacht zoals de mens *in het algemeen*.<sup>66</sup> Hier lijkt de wetgever dus wel een maat voor de mens in het strafrecht te hebben gesteld. Machielse wijst in dit verband op de werking van het normaliteitspostulaat: een arts kan slechts wegens dood door schuld strafbaar worden gesteld wanneer hij niet deed of niet wist wat een *goede medicus in het algemeen doet of weet*.<sup>67</sup> Misschien is het ook een vorm van verwerking van het 'redelijkheidsspostulaat' om niet meer te eisen dan men in het algemeen van een normaal mens mag verlangen. In die gevallen waarin sprake is van een bijzondere positie van de verdachte zal dit redelijkheidsspostulaat eveneens leidend moeten zijn bij de beoordeling van de bijzondere omstandigheden van het geval.

In het bovenstaande is de plaats van het criteriumfiguur binnen de vaststelling van de culpa onderzocht tegen de achtergrond van civielrechtelijke inzichten met betrekking tot de maatman. We hebben moeten vaststellen dat het niet eenvoudig is het criteriumfiguur een plaats te geven noch inhoudelijk te benoemen, juist ook vanwege de dogmatisch problematische invulling van de culpa. Voorbeelden hiervan werden in het bijzonder zichtbaar in paragraaf 5.3. Wat rest is misschien slechts een verwijzing naar de norm-adressant van het Wetboek van Strafrecht. Dit is de normale mens – misschien is dat wel het criteriumfiguur waar wij aan hechten.

66 H.J. Smidt, *Het Wetboek van Strafrecht*, deel I, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1881, p.78.

67 NLR, *Het wetboek van strafrecht*, inleiding culpa, aant. 9.